

REVISTA CEJ

ISSN 1414-008X
Ano XXIII
78, jul./dez.

**Centro de Estudos Judiciários
Conselho da Justiça Federal**

78



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários



DISPONIBILIDADE DE INTERESSES NO INQUÉRITO CIVIL*

AVAILABILITY OF INTERESTS IN CIVIL INQUIRY

Luiz Cláudio Moura de Almeida

RESUMO

O artigo objetiva avaliar a possibilidade e os limites da atuação do Ministério Público na proteção de direitos indivisíveis, com titulares indeterminados e indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato (difusos), de forma negociada, no âmbito extrajudicial. O estudo pretende identificar quais são os requisitos para que um interesse difuso possa ser tutelado por meio de uma solução negociada.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo; tutela coletiva; direito difuso; interesse público; inquérito civil; direito indisponível; transação.

ABSTRACT

The article aims to evaluate the possibility and limits of the Public Prosecutor's Office in the protection of indivisible rights, with undetermined and undeterminable holders, bound by real (diffuse) circumstances, in the extrajudicial context, through negotiation. It focuses on identifying what are the requirements for the protection of a diffuse interest by means of a negotiated solution.

KEYWORDS

Administrative Law; collective guardianship; diffuse right; public interest; civil inquiry; unavailable right; transaction.

* O presente artigo é adaptação do trabalho final apresentado, em julho de 2019, no âmbito do II Seminário PPGD-UNESA – Justiça Administrativa e da disciplina Justiça Administrativa no Estado Contemporâneo, coordenados pelo Prof. Ricardo Perlingeiro, junto ao programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da Universidade Estácio de Sá.

1 INTRODUÇÃO

O Ministério Público recebeu do constituinte de 1988 a função institucional de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e demais interesses difusos e coletivos podendo, para tanto, instaurar inquérito civil e propor ação civil pública (art. 129, inciso III), além de poder expedir recomendações e firmar termos de ajustamento de condutas (TACs). Na prática, possui destacada atuação na tutela de direitos coletivos em sentido amplo, tendo instaurado em 2017 o total de 298.128 inquéritos civis e celebrado 47.922 TACs¹.

O presente estudo considera a tripartição dos direitos coletivos trazida pelo legislador infraconstitucional (Lei n. 8.078/1990, art. 81), que dividiu os direitos coletivos (em sentido amplo) em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Tendo como premissa que o foco deste texto é avaliar a atuação do Ministério Público na proteção de direitos indivisíveis, com titulares indeterminados e indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato (difusos), não farão parte desta abordagem os coletivos em sentido estrito nem os individuais homogêneos (MOREIRA, 1991).

Pela própria amplitude e indivisibilidade dos bens jurídicos tutelados, além da indeterminação subjetiva de seus titulares, o direito difuso que o Ministério Público busca tutelar como legitimado extraordinário envolve um interesse público, considerando-se este como o interesse titularizado por toda a sociedade indistintamente, também classificado como interesse geral ou interesse público em sentido estrito (HACHEM, 2011). Nesse aspecto, compartilha com a Administração Pública a função de promover direitos difusos, que refletem interesses públicos, por meio da restrição de direitos individuais, sem prejuízo do controle dos atos da própria Administração Pública.

Finalmente, por envolver a tutela de um interesse público e, portanto, indisponível, avalia a solução para os casos em que haja mais de um interesse público

envolvido (possivelmente em colisão), além de ponderar se o Ministério Público poderia propor soluções negociadas para o conflito durante o inquérito civil, mediante celebração de um TAC.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS

Não há consenso na doutrina acerca do que seria nem de qual abrangência teria o interesse público, chegando-se a afirmar que possui um conceito “rebelde a definições” (HACHEM, 2011). Para esta abordagem, considerar-se-á interesse público de forma ampla, como o interesse geral de uma coletividade indeterminada. Assim, o presente estudo partirá da premissa de que não há como se conceber um direito difuso que não tenha em seu objeto um interesse público, apesar de haver entendimento doutrinário em sentido contrário (MAZZILLI, 2019, p. 56).

A violação de um direito difuso pode advir de uma ação lesiva do próprio Estado (ou de sua omissão), bem como da atuação danosa de algum particular. Quando o próprio Estado é o gerador do dano, ele tem o dever remediar a situação (com a prática de algum ato ou revogando/anulando um ato praticado) como decorrência do princípio da legalidade e valendo-se de seu poder de autotutela, devendo observar o princípio do devido processo também nessa atuação administrativa (PERLINGEIRO, 2015). Tal possibilidade foi retratada nas súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal.

Quando a violação do direito difuso decorre da atuação de particulares, a Administração Pública também tem o dever de atuar para impedir a prática ou reduzir seus efeitos e reparar o que for possível. As medidas que forem necessárias para impedir o ato do particular ou para corrigi-lo, quer por atuação da Administração Pública ou de qualquer outro legitimado, configurariam restrições a direitos individuais sob o fundamento da tutela de um interesse mais amplo, o interesse público presente em um direito difuso.

A possibilidade de atuação da Administração Pública na defesa do direito difuso no Brasil não impede que outros legitimados exerçam a mesma função, inclusive controlando os atos da própria Administração. No campo da tutela coletiva, o extenso rol de legitimados extraordinários para a defesa de direitos difusos enfrenta críticas de parte da doutrina, em especial por conta da regra específica de alcance da coisa julgada e da deficiente estrutura de representatividade, não obstante se reconhecer que a regra posta seria um mal necessário diante da fragilidade do Estado em criar mecanismos eficazes de controle da Administração Pública (PERLINGEIRO, 2007).

O foco do presente trabalho se restringe, no entanto, à atuação de um desses legitimados, o Ministério Público, considerando sua destacada atuação nessa função. A abordagem avalia, dessa forma, a legitimidade e os limites da atuação do Ministério Público para a tutela do direito difuso, mais especificamente uma das ferramentas extraprocessuais postas à sua disposição, o inquérito civil.

A legitimação do Ministério Público para a tutela de interesses difusos não é universal, variando de acordo com o sistema jurídico adotado por cada país. Na Alemanha, por exemplo, a atuação do Ministério Público se restringe à esfera criminal e a restrita atribuição como fiscal da lei no processo civil (MENDES, 2012, p. 113). Na Itália, a instituição possui predominância de atuação criminal (DIAS, 2018) e, na esfera cível, não possui a atribuição de tutela coletiva (GARCIA, 2015, p. 80-82). Já a Constituição Espanhola, em seu artigo 124.1², atribui ao Ministério Público (*Ministerio Fiscal*) também a função de defesa do interesse público de toda a sociedade indistintamente³, o que é reafirmado pelo *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*⁴. O Ministério Público português, no mesmo sentido, possui atribuição para tutela dos interesses difusos e coletivos, conforme estabelece o artigo 31 da Lei n. 41/2013 (Código de

Processo Civil Português)⁵.

Apesar da falta de uniformidade das funções dessa instituição no mundo todo, no âmbito da União Europeia está sendo estruturado um Ministério Público Europeu, com o objetivo de combater certas infrações penais, como fraude e corrupção (DUBARRY, 2018). A estrutura da entidade ainda está sendo montada e a previsão é que se torne operacional até o final de 2020⁶. Não obstante a restrita competência, indica uma vontade de uniformização das funções do Ministério Público entre os países membro.

As funções que são atribuídas ao Ministério Público decorrem de sua formação histórica, apesar de não haver consenso quanto à sua origem exata. Na verdade, o consenso que há é de que a origem não seria única, mas uma combinação de influências teria inspirado a instituição com a configuração atual, ainda que haja uma variação muito significativa de funções a depender do modelo jurídico adotado por cada país.

São identificadas algumas possíveis sementes da instituição

Quando a violação do direito difuso decorre da atuação de particulares, a Administração Pública também tem o dever de atuar para impedir a prática ou reduzir seus efeitos e reparar o que for possível.

na antiguidade (Egito, Grécia e Roma) e nos povos bárbaros na idade média (SAUWEN FILHO, 1999, p. 11-46). Ao longo do tempo a instituição passou por um processo de formação de sua identidade e de definição das suas funções, havendo uma predominância no direito comparado de sua tradicional atribuição na persecução criminal (FONTES, 2006, p. 23-24). Entretanto, cabe a cada país estabelecer a moldura da instituição de acordo com as necessidades de seu sistema político.

As variações são muitas, desde a forma de ingresso na carreira, que pode ocorrer por meio da eleição ou contratação, nos países que adotam o modelo da *common law* ou por concurso público, nos países que adotam o modelo da *civil law*, passando pela sua vinculação ou não com os demais poderes (na Alemanha e no Brasil, por exemplo, há uma completa separação da instituição com o Poder Judiciário, já na Itália e Espanha há uma integração com o Poder Judiciário e na Venezuela, integra o Poder Legislativo) (GARCIA, 2015, p. 67-91). Já a função de persecução criminal é uma constante nos principais sistemas jurídicos, apesar de não haver uniformidade com relação à abrangência dessa função, podendo se limitar à acusação (processual) ou adentrar na investigação (pré-processual).

No Brasil, o Ministério Público já foi constitucionalmente inserido no capítulo do Poder Judiciário (Constituição de 1967) e dentro do capítulo do Poder Executivo (Emenda Constitucional n. 1, de 1969) (SAUWEN FILHO, 1999, p. 153-165) e, atualmente, está inserido dentro do capítulo “Das funções essenciais à Justiça” (Constituição de 1988), portanto, afastado dos capítulos que tratam dos Poderes da República. Assim, apesar de estar integrada em uma estrutura organizacional pertencente ao Poder Executivo, não guarda com ele qualquer vinculação, subordinação ou supervisão, sendo independente no desempenho de suas funções.

Na Constituição Federal de 1988 ao Ministério Público foi conferida autonomia administrativa e financeira, garantida a independência funcional de seus membros e igualada as suas garantias às dos magistrados (art. 127 ao 130). Não parece haver dúvidas, portanto, da sua independência com relação aos demais Poderes.

Com relação à legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos difusos, a Constituição Federal não se afastou do que previa a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), inclusive no que se refere à possibilidade de instauração de inquérito civil, que foi elevado ao *status* de regra constitucional (art. 129, inciso III). A partir de então, outros diplomas legais passaram trazer previsão expressa da possibilidade de instauração de inquérito civil pelo Ministério Público como, por exemplo, o artigo 201, inciso V, da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o artigo 90, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e o artigo 74, inciso I, da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Nenhuma das citadas leis, a Constituição Federal, a Lei Complementar editada para tratar da organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/1993) ou a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/1993) trouxeram um regramento para a instauração e funcionamento do inquérito civil. O próprio Ministério Público, então, regulamentou a instauração e tramitação do inquérito civil por meio da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público n. 23/07⁷.

Em linhas gerais, o inquérito civil tem por objetivo investigar fatos e colher elementos probatórios para a propositura de eventual futura ação coletiva, não sendo aconselhável a sua instauração para outros fins. Desse modo, possui natureza de procedimento administrativo (investigação administrativa) de caráter preparatório (FERRARESI, 2010, p. 10) que pode ser instaurado de três formas: de ofício, mediante requerimento, representação ou comunicação de outro órgão do Ministério Público, ou qualquer autoridade, desde que forneça elementos suficientes ou por designação do Procurador-Geral de Justiça, do Conselho Superior do Ministério Público, Câmaras de Coordenação e Revisão e demais órgãos superiores da Instituição (art. 2º, da Resolução CNMP n. 23/2007). Sua instauração dá-se mediante portaria e são dois seus efeitos imediatos: interromper a decadência, com base no artigo 26, § 2º, III do Código de Defesa do Consumidor e legitimar as notificações e requisições a serem expedidas pelo Ministério Público (FERRARESI, 2010, p. 47).

Concluído o inquérito civil, o Ministério Público pode atuar de quatro formas: promover o arquivamento, expedir recomendações, celebrar termo de ajustamento de conduta ou ajuizar a ação coletiva (GARCIA, 2015, p. 436). Ao contrário do que ocorre no inquérito policial, que para que venha a ser arquivado depende de requerimento dirigido ao juiz (art. 28 do Código de Processo Penal), no inquérito civil o próprio órgão de execução do Ministério Público promove o arquivamento sem qualquer intervenção judicial. Há, no entanto, um controle feito pelo Conselho Superior do Ministério Público, que poderá homologar o arquivamento, rejeitar o arquivamento e determinar o ajuizamento da ação coletiva, determinar a instauração de inquérito civil (quando o arquivamento versar apenas sobre peças de informação) ou determinar a conversão do julgamen-

to em diligência para prosseguimento do inquérito civil, já indicando as diligências necessária (FERRARESI, 2010, p. 48-51). Além disso, ainda que não tenha sido instaurado formalmente o inquérito civil, quaisquer peças de informação, procedimentos preparatórios, procedimentos preliminares, sindicâncias, entre outros, devem seguir o procedimento de arquivamento previsto para o inquérito civil, sob pena de se violar a regra de controle do arquivamento com uma simples mudança de nomenclatura (MAZZILI, 2019, p. 565-566).

A instauração do inquérito civil não é um procedimento obrigatório para a propositura da ação coletiva, que poderá ser ajuizada com elementos probatórios obtidos de outra forma (art. 1º da Resolução CNMP n. 23/7). Além disso, a instauração do inquérito civil não impede que os demais colegitimados para propositura da ação coletiva ajuzem suas ações que poderão, inclusive, se valer dos elementos constantes do inquérito civil arquivado para a propositura de ação coletiva (FERRARESI, 2010, p. 49).

3. POSSÍVEIS RAZÕES PARA A ESTRUTURA BRASILEIRA

O modelo brasileiro atribuiu a diversas entidades, públicas e privadas, a legitimidade para a tutela dos direitos difusos, ao lado da Administração Pública, que seria o legitimado natural para a defesa desses direitos. Dentre esses legitimados, há uma predominância da atuação do Ministério Público, ostentando a posição de maior autor coletivo (MAZZILI, 2019, p. 417), o que foi destacado em estudo do CNJ feito em 14 tribunais do país (tribunais superiores e seleção de TRFs e TJs)⁸.

O presente capítulo pretende explorar duas das razões para a atribuição conferida ao Ministério Público para tutela dos direitos difusos e para o efetivo e destacado desempenho dessa atribuição pela instituição em detrimento da atuação da própria Administração Pública. Inicialmente será analisada a confiança que é depositada na Administração Pública para, posteriormente, avaliar a escolha por um controle externo à Administração. A separação dos dois tópicos a seguir não é real, mas apenas para fins didáticos, já que,

na verdade, o segundo (aposta no controle externo) é, em certa medida, uma consequência do primeiro (desconfiança na Administração Pública).

3.1 DESCONFIANÇA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A atuação administrativa tem como finalidade o interesse público, compreendido como aqueles de titularidade de toda a sociedade. Apesar de ser possível em casos concretos a individualização do destinatário direto ou imediato do agir estatal como, por exemplo, no deferimento de uma licença para construir e em uma permissão para instalação de um posto de gasolina ou, de forma ainda mais clara, nas autorizações administrativas, o fim principal deve ser sempre o interesse público, sob pena de caracterização de abuso de poder sob a forma de desvio de finalidade. A validade de um ato estatal visando à promoção de interesses privados só se justifica se coincidir com um interesse público e em razão deste e não daquele. Portanto, o interesse público deve ser o fim justificador das atuações estatais em suas mais diversas esferas.

Mesmo na análise da discricionariedade administrativa para a prática de determinados atos, o interesse público deve ser o norte da atuação estatal. A discricionariedade administrativa, no contexto deste trabalho, estará presente naqueles atos cujo poder de decisão é atribuído à autoridade administrativa como reconhecimento de sua maior aptidão para determinada tomada de decisão. Em um primeiro momento deve ser identificado qual seria o interesse público a ser perseguido ou priorizado e, posteriormente, como alcançá-lo da melhor forma diante das alternativas possíveis. Ou seja, a confiança atribuída ao administrador pelo ordenamento jurídico é o pilar sobre o qual se sustenta a discricionariedade administrativa.

No entanto, quando essa confiança é abalada, o poder decisório da Administração Pública é enfraquecido, sendo transferido para outra instituição que possua maior prestígio junto à sociedade, geralmente fora do âmbito da Administração Pública, ainda que não detenha a especialização em matéria administrativa que os integrantes da Administração Pública presumivelmente

possuem (SOUZA, 2018, p. 98-99).

Duas parecem ser as principais razões para a perda da confiança nos atos da Administração Pública. A primeira está associada ao desvio de finalidade substancializado no favorecimento de interesses particulares (inclusive em benefício do próprio agente público que pratica o ato) em detrimento do interesse público (SOUZA, 2018, p. 113-118). No mesmo momento em que tal desvio viola a finalidade principal do agir estatal, afronta o princípio da isonomia que deve prevalecer entre os administrados já que outros particulares em situações idênticas não terão o mesmo tratamento.

Ao lado da corrupção, endêmica no Brasil, há uma desconfiança na capacidade institucional da Administração Pública para solucionar adequadamente as questões (SOUZA, 2018, p. 102-103). Nesse aspecto, acaba-se buscando amparo no Poder Judiciário, que goza de mais prestígio junto à sociedade. A percepção popular acaba sendo no sentido de que a decisão judicial é mais acertada do que a da Administração Pública, reforçando a aposta no controle externo, que será visto na sequência.

A desconfiança na capacidade da Administração Pública também é externada, em certa medida, pelo próprio legislador. Por entender que a Administração Pública não terá capacidade de atuar plenamente e com paridade de armas com os particulares, busca suprir essa deficiência conferindo-lhe vantagens (PERLINGEIRO, 2017) como, por exemplo: prazos diferenciados (processuais e prescricionais), necessidade de intimação pessoal em sua atuação processual, reexame necessário etc.

3.2 APOSTA NO CONTROLE EXTERNO

Diante da desconfiança no processo decisório da Administração Pública, cresce a percepção de que sua atuação precisa ser controlada e que de nada adiantaria transferir esse controle para uma instância superior dentro da própria Administração, já que espelhariam os mesmos fatores negativos que demandam controle da gestão pública ordinária. Busca-se, então, fora da Administração Pública quem poderia assumir o papel de analisar de forma técnica e imparcial a questão administrativa em jogo.

Diante da reputação de imparcialidade que, em geral, ostenta o Poder Judiciário, esta instituição tem papel de destaque no controle da Administração. A percepção social de confiança no Poder Judiciário está amparada no distanciamento com os Poderes eleitos (o que gera uma redução na interferência política em sua atuação) aliada à percepção de que o crivo para o qual se submeteram os magistrados quando do ingresso na carreira (concurso público) conferiria aos integrantes da magistratura uma presunção de capacidade técnica para o ato decisório. Apesar da confiança estabelecida, a transferência da decisão administrativa para o Poder Judiciário não seria saudável pela própria estrutura da separação dos poderes e pelos malefícios que a excessiva judicialização causa nesse aspecto (deixa de desenvolver a aptidão decisória da Administração e emperra a máquina judiciária).

O modelo brasileiro atribuiu a diversas entidades, públicas e privadas, a legitimidade para a tutela dos direitos difusos, ao lado da Administração Pública, que seria o legitimado natural para a defesa desses direitos.

Ainda na linha de se buscar um controle externo para a Administração Pública, há a atuação dos Tribunais de Contas para as hipóteses específicas estabelecidas pelo nosso ordenamento jurídico. Como órgãos vinculados ao Poder Legislativo, reforçam a nossa estrutura republicana de equilíbrio entre os poderes. No entanto, por ser permeado por forte influência política, especialmente na nomeação de seus integrantes, os Tribunais de Contas não gozam do mesmo prestígio do Poder Judiciário.

Os mecanismos de controle externo não se esgotam nessas hipóteses, podendo ser exercido pelo Legislativo também por meio das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), pelos particulares mediante ação popular visando anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988), dentre outros.

O Ministério Público é uma entidade pública externa ao Poder Executivo que recebeu essa função de controle da Administração, tendo sido municiado de instrumentos investigatórios e processuais próprios, além de contar prestígio junto à sociedade em geral. São aplicáveis a essa instituição os fundamentos atribuídos ao Judiciário com relação à confiança, já que por não se tratar de cargo eletivo conta com menor interferência política, além de ter como forma de ingresso na carreira um concorrido concurso público, o que também faz com que a qualidade técnica dos membros da instituição seja elevada e reconhecida pela sociedade em geral.

Percebe-se que a falta de confiança na Administração Pública faz com que outros atores ganhem força na estrutura política brasileira como seus controladores, desenvolvendo cada vez mais a ideia de avaliação de suas decisões ou de seus comportamentos (*accountability*), que seria como uma prestação de contas a ser feita pelo Administrador (WILLEMANN, 2013). Mas essa atuação externa vai além da simples análise do

desempenho da Administração Pública e confere legitimidade a outras entidades (públicas e privadas) para atuar quando o Administrador não o faz, ao menos não satisfatoriamente, como pode acontecer na tutela do direito difuso.

Na atuação do Ministério Público para defesa dos direitos difusos, foco do presente estudo, devem ser postos limites, na mesma medida em que são propostos para a atuação do Judiciário no controle da atuação da Administração Pública. Nesse sentido, a deferência judicial que demanda o reconhecimento do Administrador Público como o mais apto a tomar a decisão adequada e a maximizar o interesse público de forma a restringir a atuação judiciária (não o acesso, que é inafastável, mas o que deve ser objeto de análise pelo Judiciário) também devem ser o “norte” da atuação ministerial, reservando a sua atuação para as hipóteses que extrapolam essa moldura (PIRES, 2016).

Também não se pode perder de vista que quando a tutela extrajudicial do direito difuso pelo Ministério Público tem como destinatário o particular, utilizando-se das ferramentas postas à sua disposição (inquérito civil, recomendação, termo de ajustamento de conduta extrajudicial), resulta em uma restrição a direito individual, tal como ocorre na atuação pela Administração Pública. Ou seja, agindo dessa maneira, o Ministério Público se assemelha ao Administrador Público que, em sua atuação visando alcançar o interesse público, acaba restringindo liberdades individuais (quando pede o embargo de uma obra ou a interdição de um posto de gasolina, por exemplo).

A semelhança vai além e fica nítida pela falta de vinculação das ações que são tomadas pelo Ministério Público em sua atuação extrajudicial, já que não impedem a atuação dos demais legitimados para a proteção do mesmo direito difuso, incluindo a própria Administração Pública (já que não há coisa julgada material). Apesar de não haver essa vinculação, merece maior reflexão a legítima expectativa que é gerada no investigado de que as providências que foram tomadas junto ao Ministério Público são plenas e definitivas, ou seja, de que não será alvo de nova restrição por outro legitimado pelos mesmos fatos e, principalmente, que não será alvo da repetição do procedimento pelo próprio Ministério Público nem terá seu TAC invalidado pelo Ministério Público para que uma Ação Civil Pública possa ser proposta.

Como mencionado, a atuação do Ministério Público para controlar o ato administrativo ou de particulares que tenha violado um direito difuso conta com ferramentas judiciais e extrajudiciais específicas. Nos limites do presente estudo importam as ferramentas extrajudiciais postas à sua disposição, mais especificamente dos poderes que lhe são atribuídos nessa fase extrajudicial, passando pela celebração de atos negociais envolvendo direitos difusos.

4 POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO NEGOCIADA DE DIREITOS DIFUSOS

Questão que decorre do que foi até aqui analisado envolve a possibilidade de transação pela Administração Pública e pelo Ministério Público. Busca o presente tópico avaliar a possibilidade e os limites dessa negociação pela Administração Pública e pelo Ministério Público sobre questões envolvendo a violação de um direito difuso que, como já visto, carrega consigo um interesse público.

4.1 DISPONIBILIDADE DE INTERESSES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, como visto nos tópicos acima, tem a função de agir sempre tendo o interesse público como finalidade. Apesar de não haver dúvidas quanto à indisponibilidade do interesse público (ao menos em seu aspecto central/núcleo fundamental), questão crucial para este estudo é a identificação de qual seria o interesse público em jogo e se haveria outros interesses públicos a serem considerados para o deslinde da questão. Possivelmente os interesses públicos identificados e que estejam presentes estarão em conflito, o que demandará uma escolha (ponderação) pelo administrador de qual deverá prevalecer ou em quais aspectos cada um deverá ceder para que o interesse público almejado seja atingido da melhor forma, utilizando o princípio da proporcionalidade.

Esclareça-se, de início, que não faz parte da análise a transação que a Administração Pública realiza envolvendo seus interesses (interesses da Administração e não interesses públicos). Nessas hipóteses, por serem acordos regulados pelo direito privado, não contariam com impedimento à transação pela Administração Pública (PERLINGEIRO G., 2019).

A questão deste tópico reside em saber se, diante de questão envolvendo um interesse público, haveria margem para negociação pela Administração Pública. A resposta parece ser afirmativa desde que o núcleo central ou fundamental do interesse público seja identificado e preservado, restringindo-se o aspecto negocial a questões periféricas como a forma de cumprimento da determinação. Essa, aliás, parece ser a forma adequada de interpretação do artigo 3º, *caput* e § 3º da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), aplicável tanto na esfera particular quanto pública (PINHO, 2017, p. 173), quando menciona direitos indisponíveis transacionáveis.

A transação possível de se conceber em direitos indisponíveis seria apenas quanto aos seus aspectos secundários e, diante dessa constatação, há quem defenda uma releitura do próprio conceito de indisponibilidade (VENTURI, 2016). Destaca Humberto Dalla Pinho (2018) a

importância de se ter uma clara separação dos direitos disponíveis e dos indisponíveis. Os disponíveis seriam sempre transacionáveis e os indisponíveis se dividiriam em duas espécies, os transacionáveis e os não transacionáveis.

A fórmula para identificar quando será possível, e até mesmo adequado, que a Administração Pública realize transação em questões que envolvam interesse público (como ocorre o direito difuso) seria a aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, sempre resguardado o núcleo central do interesse. Desse modo, seria possível, inclusive, identificar qual interesse público deve prevalecer diante de colisões (por exemplo, a saúde pública de população ribeirinha que demande a instalação de rede de esgoto com a proteção ao meio ambiente da área que terá que ser degradada para a realização de tal obra). A grande questão residiria na identificação de onde está o interesse público a ser perseguido e protegido em cada situação concreta.

[...] a atuação do Ministério Público para controlar o ato administrativo ou de particulares que tenha violado um direito difuso conta com ferramentas judiciais e extrajudiciais específicas.

Destaque-se que transação de aspectos periféricos do interesse público não se confunde com renúncia a direito que, para a Administração Pública, depende de lei para que possa ser realizada em atenção ao princípio da legalidade. O legislador, com base na razoabilidade e proporcionalidade, já produz autorizações legislativas genéricas para transação e até para a renúncia (pela ponderação entre o valor perseguido e o custo para buscá-lo). Nessas hipóteses, o legislador já ponderou abstratamente o interesse público como, por exemplo, na Lei n. 10.522/2002 e na Lei n. 9.469/1997.

O reconhecimento de um direito do particular pela Administração Pública não estaria, a princípio, dentro das hipóteses de disponibilidade de interesse público (TALAMINI, 2017), sequer em seus aspectos periféricos, já que se a Administração Pública já constatou haver um direito do particular, não haveria in-

teresse público em deixar de atendê-lo. Ao contrário, agiria a Administração com violação de suas funções se não atendes-se administrativamente o direito que já reconheceu, acarretando os desnecessários custos de uma ação judicial.

4.2 DISPONIBILIDADE DE INTERESSES PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO INQUÉRITO CIVIL

No tópico 3 do presente trabalho, foi feita uma aproximação da atuação do Ministério Público quando da utilização dos mecanismos extrajudiciais da tutela dos interesses difusos com a Administração Pública. Em tal medida, quando o Ministério público instaura um inquérito civil, expede uma recomendação ou propõe um TAC, seja contra atos da Administração pública ou de particulares, está exercendo atividades com o mesmo objetivo da Administração Pública, ou seja, o Administrador Público poderia ter instaurado um processo administrativo para apurar e, se fosse o caso, adotar as medidas executivas cabíveis para evitar, reparar ou compensar a violação do interesse difuso.

Apesar de ser inegável que a negociação garante uma administração otimizada do conflito (RODRIGUES, 2011, p. 114), podendo, inclusive, reforçar a proteção processual de um direito transindividual (BASTOS, 2018), a tarefa de identificar quais direitos podem ser objeto de negociação não é simples, como visto no tópico anterior. O incentivo à busca por soluções consensuais no âmbito das funções do Ministério Público foi regulamentado por meio da Resolução CNMP n. 118/2014, que estabelece a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público⁹.

Em se tratando da tutela de direitos difusos, a solução parece ser a mesma descrita para a negociação nos atos administrativos em geral, ou seja, deve-se averiguar o núcleo do interesse público que não pode ser atingido para, então, se verificar os aspectos periféricos que poderiam ser objeto de transação. Assim,

deve ser afastada a falsa ideia de que os direitos difusos não admitem transação (NERY, 2012, p. 142-156) por refletirem interesses públicos. Com essa premissa, seria possível concluir que o Ministério Público poderia transacionar no curso de um inquérito civil, por intermédio da celebração de um termo de ajustamento de conduta, sobre os aspectos secundários do direito difuso, desde que protegido o seu núcleo.

Interessante exemplo de transação envolvendo direito indisponível, foi trazido por Emerson Garcia (GARCIA, 2015, p. 439-440) ao analisar a vedação de transação, acordo ou conciliação prevista no artigo 17, § 1º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992). O referido dispositivo visa afastar os atos que tenham por objetivo obstar a aplicação das sanções ao agente, mas não se confunde com o ato que busque a adequação do comportamento do agente à ordem jurídica. Possível, portanto, a celebração de um TAC com o objetivo de regular a reparação do dano, já que a sanção do agente estará preservada.

Esse, aliás, parece ser o sentido da Resolução n. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que regulamenta o TAC no âmbito do Ministério Público, que em seu parágrafo 1º, do artigo 1º estabelece que o Ministério Público não pode renunciar aos direitos objeto da ação, limitando sua atuação negocial à interpretação do direito ou ao estabelecimento da forma de cumprimento das obrigações¹⁰.

Por fim, é importante que existam mecanismos de controle dos termos de ajustamento de conduta celebrados pelo Ministério Público no bojo de um inquérito civil. Sem prejuízo do controle judicial, o estabelecimento de procedimento interno da instituição seria relevante para acompanhar o cumprimento dos acordos celebrados, bem como para aferir a atividade do órgão que o celebrou. A necessidade de controle dos acordos que são realizados no âmbito da tutela coletiva não é uma preocupação exclusiva do modelo brasileiro (MACEY, 2007).

92

Ministério Público poderia transacionar no curso de um inquérito civil, por intermédio da celebração de um termo de ajustamento de conduta, sobre os aspectos secundários do direito difuso, desde que protegido o seu núcleo.

Parte-se, nesse aspecto, de um paralelo com o procedimento que existe para o arquivamento do inquérito civil. Se para dar fim ao inquérito civil por não terem sido identificados elementos que justificassem a sua continuidade, com a mesma razão deveria haver um controle quando esses elementos são encontrados e é proposta uma solução negociada. Com isso, será possível apurar a adequação da medida adotada pelo órgão do Ministério Público, bom como acompanhar o cumprimento do que foi estabelecido entre as partes.

5 CONCLUSÃO

Os interesses difusos, objeto do inquérito civil, tanto podem ter advindo de uma ação lesiva do Estado quanto de particulares e, nas duas hipóteses, há um interesse público a ser protegido através do impedimento, reparação ou compensação do dano.

O Brasil adotou um modelo através do qual a Administração

Pública possui a atribuição natural de tutelar o direito difuso, no entanto, por não gozar, em regra, de confiança junto à sociedade em geral, a outras entidades foram destinadas atribuições semelhantes. Dessa forma, foi estabelecido um extenso rol de entidades públicas e privadas legitimadas para a tutela coletiva, incluindo a proteção dos direitos difusos, quer em face de violações praticadas por particulares, quer pelo próprio Estado.

O Ministério Público é uma dessas entidades legitimadas e a que recebeu poderes mais amplos, especialmente por meio de mecanismos extrajudiciais. Quando o Ministério Público atua na defesa de um direito difuso pode estar controlando a atividade da Administração Pública ou restringindo direitos individuais. Caso o ato ou omissão atacados tiverem origem na atuação da Administração Pública o Ministério Público estará funcionando como controle externo da atividade administrativa e, quando o ato ou omissão for de algum particular, estará agindo como se Administração fosse, restringindo direitos individuais de forma a tutelar um interesse mais amplo, o interesse público presente no direito difuso.

Talvez se a Administração Pública tivesse mais prestígio e confiança junto à sociedade e sua aptidão decisória fosse desenvolvida, inclusive com controles internos eficazes, nosso sistema pudesse ter outra forma. No entanto, o quadro de rotineiras notícias de corrupção, desvios de finalidade na atuação pública e insegurança jurídica dos atos praticados, força a manutenção de uma estrutura de controle de múltiplas formas, na tentativa de preservação do interesse público.

A principal aposta para superar a crise de confiança na Administração Pública é o Poder Judiciário. No entanto, além de demandar uma estrutura e especialização que o Poder Judiciário não possui, tem um efeito ainda mais nocivo: impede que a Administração Pública se desenvolva. Para se fortalecer e solidificar sua imagem perante a sociedade a Administração Pública precisa atuar de forma adequada tecnicamente e, além disso, de forma íntegra e isonômica, com um controle interno eficaz de seus atos, capaz de detectar e corrigir os desvios de finalidade, bem como de punir os agentes públicos responsáveis.

O Ministério Público também possui mais prestígio junto à sociedade do que a Administração Pública e, por esta razão, também recebeu a atribuição de controlar os atos administrativos. Com destacada atuação em tutela coletiva, o Ministério Público possui alguns mecanismos para tutela do direito difuso, dentre os quais o inquérito civil, que é um procedimento administrativo de caráter investigatório. Nessa atuação extrajudicial de coleta de elementos que, eventualmente, poderão servir para a propositura de uma ação coletiva, o Ministério Público pode vislumbrar a possibilidade de uma solução negociada como a mais efetiva para o fim almejado (interesse público).

Assim, a exemplo da Administração Pública, o Ministério Público teria de apurar qual seria o interesse público a ser perseguido no caso concreto para identificar o seu núcleo, o aspecto central do interesse público que não poderia ser atingido. Feito isso, seria possível verificar dentre os aspectos periféricos ou secundários, quais questões poderiam ser objeto de transação, como o prazo, forma e local de cumprimento de uma obrigação e, até mesmo, qual ato seria suficiente para compensar determinada violação a interesse difuso. Essa parece ser a forma de in-

interpretação dos normativos que tratam do tema, como a Lei de Mediação, quando admite direitos indisponíveis transacionáveis e a Resolução n. 179/2017 do CNMP quando afirma ser possível a solução negociada através de um termo de ajustamento de conduta quanto à interpretação do direito ou ao estabelecimento da forma de cumprimento das obrigações.

NOTAS

- 1 Conselho Nacional do Ministério Público. Ministério Público: Um retrato: dados de 2017, volume VII/ Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2018. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Anu%C3%A1rio_um_retrato_2018_ERRATA_1.pdf – Acesso em 02/05/2019. Vide, ainda, pesquisa elaborada por Geisa de Assis Rodrigues especificamente sobre o termo de ajustamento de conduta. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 221-279.
- 2 Art. 124.1 – *El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.*
- 3 *Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013. Ministerio Fiscal de España.* Disponível em: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/el_ministerio_fiscal/ministerio_fiscal_organo_constitucional/!ut/p/a1/04_j9CPyKssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbzcFzSzcDBzdPYO-dTD08jC3MjYEkivEoCDLBqz_MAKrfAAwNCBOPx4FBNwfrh-FqsTCJcgJqMTYyMLQ2MPYwNOUXQEWL4IV4PFDQW5oalRBpicAxVul1w!/:d15/d5/L2dBISvZ0FBS9nQSEh/. Acesso em: 10/06/2019.
- 4 *Ley 50/81 – Art. 3.6 – Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: (...) 6. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.*
- 5 Art. 31 – *Têm legitimidade para propor e intervir nas ações e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à proteção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei.*
- 6 European Public Prosecutor's Office website. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/cross-border-cases/judicial-cooperation/networks-and-bodies-supporting-judicial-cooperation/european-public-prosecutors-office_en
- 7 Resolução CNMP nº 23, de 17 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/501>. Acesso em: 01/06/2019.
- 8 Conselho Nacional de Justiça. Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/publicacoes> – Acesso em 15/06/2019.
- 9 Resolução CNMP nº 118, de 1º de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/501>. Acesso em: 15/06/2019.
- 10 Resolução CNMP 179/2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/501>. Acesso em 15/06/2019. “Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

§ 1º Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados.”

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado: RERE*, Salvador, n. 11, set./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere>. Acesso em: 1 maio 2019.
- BASTOS, Fabrício Rocha. Do microsistema da tutela coletiva e a sua interação com o CPC/2015. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 68, p. 57-132, abr./jun. 2018.
- CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. A disponibilidade do interesse público no novo Código de processo civil e o Princípio da eficiência na administração. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 129-154, 2017.
- DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *O papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino-americanos*. Coimbra: Almedina, 2008.
- DUBARRY, Pauline. La création d'un parquet européen: l'eupéanisation de la lutte contre la délinquance et financière. *Revue de Droit International D'Assas*: RDIA, Paris, n. 1, p. 152-166, 2018.
- FERRARESI, Eurico. *Inquérito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *O controle da administração pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional: A&C*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, 2011.
- MACEY, Jonathan R. MILLER, Geoffrey P. Judicial review of class action settlements. *NYU Law and Economics Research Paper*, New York, n. 7-34, set. 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1017266>. Acesso em: 4 maio 2019.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo, São Paulo*, v. 16, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.
- NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PERLINGEIRO, Gabriel. As possibilidades de solução consensual de conflitos judiciais com a administração pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual: REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 3, p. 122-145, set./dez. de 2017. Disponível em: <http://www.redp.uerj.br>. Acesso em: 1 maio 2019.
- PERLINGEIRO, Ricardo. A impugnação judicial de atos administrativos na defesa de interesses difuso, coletivo e individuais homogêneos. *Revista de Direito do Estado: RDE*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 255-272, 2007.
- PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017.
- PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? *Revista de Processo, São Paulo*, v. 40, n. 239, p. 293-331, jan. 2015.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da lei de mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual: REDP*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 2, p. 118-148, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://www.redp.uerj.br>. Acesso em: 4 maio 2019.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV, 2017.
- PIRES, Gabriel Lino de Paula. *Ministério Público e o controle da administração pública: enfoque sobre a atuação extrajudicial do Parquet*. 1. ed. Birigui, SP: Boreal, 2016.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o Estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- SOUZA, Fábio. *Confiança na aptidão decisória como critério de definição dos limites do controle judicial das decisões administrativas*. Curitiba: Alteridade, 2018.
- TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria): versão atualizada para o CPC/2015.

Revista de Processo, São Paulo, v. 42, n. 264, p. 83-107, fev. 2017.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 3910426, jan. 2016.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada e instituições superiores de controle no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*: RDA, Rio de Janeiro, v. 263, p. 221-250, maio/ago. 2013.

Artigo enviado em 8/8/2019.

Artigo aprovado em 9/9/2019.